

CAPÍTULO 1

Importancia e incidencia del estudio de posibilidades que ofrece el mercado y del resumen ejecutivo en los procesos de contrataciones a cargo de las Entidades públicas

Capacitadores

Diana Janet Belzusarri Padilla
Artemio Gonzáles Ramírez
Teodoro Llalihuamán Antúnez
James Alexander Pajuelo Orbegoso

Aprendizaje esperado

Los participantes estarán en condiciones de conocer cómo se elabora un Expediente de Contratación y se determina el valor referencial

INTRODUCCIÓN

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 76º de la [Constitución Política del Perú](#)¹, las Entidades del Sector Público, a fin de proveerse de los bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones públicas y operaciones productivas, se encuentran obligadas a llevar a cabo los procesos de selección regulados por el [Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado](#), en adelante la Ley, y su Reglamento, aprobado por [Decreto Supremo N° 184-2008-EF](#), en lo sucesivo el Reglamento. Dichas normas tienen por finalidad garantizar que la Administración Pública satisfaga sus requerimientos de forma oportuna, a precios y costos adecuados, con el fin primordial de asegurar el gasto eficiente de los recursos públicos.

La normativa de contratación pública impone como obligación de todos los funcionarios y/o servidores públicos que los procesos de contratación que realicen, se sujeten a los principios regulados en el artículo 4 de la Ley. Entre estos, podemos resaltar los principios de moralidad, libre concurrencia y competencia, así como el de transparencia. Asimismo, deben verificar que toda contratación de bienes, servicios y/u obras responda a criterios de racionalidad, racionalidad y razonabilidad, objetivamente sustentados.

Dentro de ese esquema, constituye una herramienta fundamental para todo proveedor el conocimiento de aquellas actuaciones que una Entidad pública realiza en forma previa a la convocatoria de un proceso de selección. De esta manera, se encontrará en condiciones de advertir las situaciones en las cuales se produce una vulneración a la normativa de contratación pública. Por ello, en este capítulo se va a desarrollar aquellas actuaciones, cuyo incumplimiento o cumplimiento inadecuado pueden generar una afectación al proceso de selección, a través de una nulidad, o una controversia en la etapa de ejecución contractual.

¹ **Artículo 76º.-Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública.-**

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

ÍNDICE

CAPÍTULO	TEMAS
I	Esquema de un proceso de contratación pública
II	Actuaciones comprendidas en la fase de programación y actos preparatorios
III	El Expediente de Contratación
IV	Aspectos a considerar por el proveedor y el público en general respecto del requerimiento
V	El estudio de posibilidades que ofrece el mercado
	Los alcances del estudio
	Las cotizaciones
	Determinación del valor referencial
VI	El valor referencial
	Resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado

I. Esquema de un proceso de contratación pública

Si bien la óptica bajo la cual se desarrolla este curso virtual responde al punto de vista de los proveedores, ello no significa que se deba dejar de lado las obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico; por cuanto, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.1 del artículo II del Título Preliminar de la [Ley Nº 27444](#), las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución Política, la ley y el Derecho, dentro de las facultades que le han sido conferidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En tal sentido, todo lo que haga o decida hacer la Administración Pública debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera. En otras palabras, como la actuación administrativa es una actividad típica, en el sentido que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen, constituye una obligación de la Administración Pública respetar aquellas normas en las cuales se regulen requisitos y procedimientos para cada supuesto en particular.

Es necesario que los proveedores tengan un conocimiento cierto y exacto respecto de cuáles son aquellas actuaciones que necesariamente toda Entidad del Sector Público debe realizar a efectos de contar con un proceso de contratación correctamente elaborado. A continuación se muestra un gráfico que ilustra las fases de este proceso:



II. Actuaciones comprendidas en la fase de programación y actos preparatorios

Tal como se ha señalado anteriormente, se puede observar que la normativa de contratación pública establece la obligación de que todos los funcionarios y/o servidores públicos lleven a cabo las tres (3) fases antes mencionadas. Estas fases son preclusivas, es decir, una vez concluida una de ellas, no es posible volver a la fase anterior.

En la primera fase, denominada fase de programación o actos preparatorios, se encuentran comprendidas las siguientes actuaciones:

- | | | |
|---|---|--|
| <ol style="list-style-type: none">1. Requerimiento².2. Características técnicas mínimas³.3. Estudio de posibilidades que ofrece el mercado.4. Disponibilidad presupuestal. | } | <ol style="list-style-type: none">5. Aprobación Expediente Contratación.6. Designación del Comité Especial.7. Elaboración de Bases Administrativas.8. Aprobación de Bases Administrativas.9. Prepublicación de Bases (opcional). |
|---|---|--|

A. El Expediente de Contratación

Es el conjunto de documentos donde constan todas las actuaciones del proceso de contratación pública, desde la decisión para adquirir o contratar hasta la culminación del contrato. Incluye la información previa, constituida por el requerimiento, las características técnicas, la determinación del valor referencial y la fuente de financiamiento. Así lo dispone el numeral 23 del Anexo Definiciones del Reglamento.

Cuando nos referimos al Expediente de Contratación, debemos distinguir dos (02) acepciones:

- ✓ La primera, es la definición antes señalada, que se refiere, de manera amplia, a todas las actuaciones comprendidas en las tres (03) fases de todo proceso de contratación pública.
- ✓ La segunda es la referida a la llamada “información previa”. Se refiere a los documentos que lo integran y que son necesarios para su aprobación: el requerimiento acompañado de las características técnicas mínimas, el estudio de

² Conforme se encuentra indicado en el artículo 13 de la Ley, así como el artículo 11 del Reglamento, constituye responsabilidad del área usuaria definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

³ Es el documento elaborado por el área usuaria que contiene la descripción detallada de la necesidad que se desea satisfacer. Su contenido debe responder a los criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad; asimismo debe sujetarse a los principios recogidos en el artículo 4 de la Ley. Conforme a una denominación clásica, cuando se trata de la contratación de bienes, a dichas características técnicas mínimas se le denomina **especificaciones técnicas**; cuando se trata de servicios, **términos de referencia**; y cuando se trata de obras, **expediente técnico**.

posibilidades que ofrece el mercado que contiene el valor referencial determinado y la verificación de existencia de recursos que consta en la disponibilidad presupuestal.

En el presente caso, nos referimos a su acepción inicial respecto de los documentos necesarios para su aprobación, antes mencionados. El proveedor debe conocer cuáles son las condiciones y el contenido mínimo que debe tener el Expediente de Contratación para poder cuestionar, cuando tenga acceso a él, aquello que la Entidad incumpla. Después de otorgada la Buena Pro, la Entidad está obligada a permitir el acceso⁴ de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberlo solicitado por escrito.

En ese orden de ideas, el proveedor debe tener en cuenta que, producto de la información que conforma el Expediente de Contratación (en esta fase inicial), la Entidad obtiene la siguiente información:

- ✓ El tipo de proceso de selección⁵.
- ✓ La modalidad de selección⁶.
- ✓ El sistema de contratación⁷.
- ✓ La modalidad de ejecución contractual⁸.
- ✓ La fórmula de reajuste, de ser el caso.

⁴ Tanto el acceso a la información contenida en el Expediente de Contratación, así como la negativa a brindarla, deberá tener como sustento lo establecido en el [Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública](#) y su [Reglamento \(y modificatoria\)](#).

⁵ Los tipos de proceso de selección son: Licitación Pública (para bienes y obras), Concurso Público (para servicios), Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía (para bienes, servicios y obras), los cuales también se diferencian por los montos tope para cada tipo de proceso que se establece en la [Ley de Presupuesto](#) de cada año fiscal además de la normativa de contratación pública. Entonces, el tipo de proceso de selección se determina conociendo el objeto de la contratación y el valor referencial del mismo.

⁶ Las modalidades de selección de los tipos de procesos son: a) Subasta Inversa, respecto de los bienes y servicios que se encuentran en la lista de bienes comunes que administra el OSCE, donde lo más importante es el precio que ofrecen los proveedores; y b) Convenio Marco, por el cual las Entidades compran directamente al proveedor que se encuentre en el catálogo administrado por el OSCE. La información de la modalidad de selección comúnmente lo determina el Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) sobre la base del requerimiento: si verifica que se encuentra en la lista de bienes comunes, será bajo la modalidad de Subasta Inversa, y si se está en el catálogo de bienes será Convenio Marco.

⁷ El sistema de contratación puede ser suma alzada cuando están definidas las cantidades y magnitudes en un pedido de bienes o de obras; será sistema de precios unitarios ocurra lo contrario (cantidades y magnitudes no definidas), y el sistema mixto si tiene de los dos anteriores. La determinación del sistema de contratación se establece con el requerimiento y/o el estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

⁸ La modalidad de ejecución contractual se debe indicar en las Bases cuando se trate de bienes u obras. La modalidad de ejecución contractual puede ser llave en mano o concurso oferta. Será llave en mano cuando se requiere la ejecución de la obra más la puesta en servicio de esta y, de ser el caso, el expediente técnico; o cuando se requiere la entrega de los bienes más su instalación y funcionamiento. La modalidad puede ser concurso oferta cuando para un proyecto se requiere la elaboración de expediente técnico, la ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno.

Si el proveedor verifica que la información antes descrita ha sido determinada luego de la aprobación del Expediente de Contratación, se encontrará en condiciones de cuestionar el proceso de selección por existir una contravención a la normativa de contratación pública, en lo que se refiere a la forma en que se ha llevado a cabo la primera fase del proceso de contratación. No obstante ello, tal situación deberá ser cuidadosamente analizada, por cuanto existirían casos en los que tales hechos podrán encontrarse debidamente justificados e incluso amparados en la normativa, como es el caso del reajuste de precios que se ordenen por norma expresa; por ejemplo, el reajuste a consecuencia de la variación del IGV que no se consideró en el Expediente de Contratación ni en las Bases.

Adicionalmente, en el caso de ejecución de obras, antes de la aprobación del Expediente de Contratación la Entidad debe aprobar el expediente técnico y, cuando corresponda, debe tener la declaratoria de viabilidad conforme al [Sistema Nacional de Inversión Pública - SNIP](#).

La única excepción a la regla en la que no se requerirá la aprobación del expediente técnico para la aprobación del Expediente de Contratación, es cuando se contrata la elaboración del expediente y la ejecución de la obra a la vez. Ello ocurre cuando estamos ante una obra bajo la modalidad concurso oferta. En este caso, el Expediente de Contratación no incluirá el expediente técnico, pues aún no se elabora; pero deberá contener el Estudio de Pre Inversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme al SNIP.

Respecto del expediente técnico sobre el cual el proveedor tomará conocimiento antes de iniciar la obra, precisamente al momento que le entregan las Bases cuando se inscribe como participante en el proceso de selección para la ejecución de la obra, el público en general debe considerar que los errores en este expediente pueden conllevar la realización de obras adicionales, o incluso la resolución del contrato; sin perjuicio de la responsabilidad que pueda tener el proyectista encargado de su elaboración por las deficiencias en su elaboración.

De lo expuesto, preliminarmente se puede concluir que la Entidad solo puede convocar un proceso de selección si previamente cuenta con el Expediente de Contratación debidamente aprobado. El único supuesto en el que no se exige la tramitación y aprobación del expediente de contratación es en el caso de una exoneración por la causal de situación de emergencia⁹, caso en el que no surtirán efectos si se cuestiona su tramitación y aprobación previa.

⁹ Situación de emergencia generada por acontecimientos catastróficos o situaciones que pongan en peligro la defensa y seguridad nacional; dado que por su naturaleza no se espera a la tramitación administrativa de la aprobación del Expediente de Contratación u otra de la fase de actos preparatorios, para su contratación, la cual se regulariza después.



Si la Entidad no cumple con aprobar el Expediente de Contratación y aun así convoca un proceso de selección, se podrá cuestionar dicho proceso, pues es nulo

Finalmente, se precisa que cuando un proceso de selección se declara desierto, la nueva convocatoria deberá contar con una nueva aprobación del Expediente de Contratación solo si se ha modificado en algún extremo. En otras palabras, no se podrá observar la ausencia de una nueva aprobación del Expediente de Contratación cuando no se haya modificado el original.

B. Aspectos a considerar por el proveedor y el público en general respecto del requerimiento

Un principio básico es que el requerimiento debe ser objetivo y debe permitir la libre competencia y concurrencia de los potenciales proveedores. Por esta razón, la Ley y el Reglamento establecen una prohibición expresa: hacer referencia a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, o realizar una descripción que oriente a la adquisición o contratación de una determinada marca, fabricante o tipo de producto específico.

CASO EJEMPLO N° 1

¿Qué sucede si al momento de revisar las Bases de un proceso de selección, se advierte que el requerimiento de lo que se quiere contratar se indica expresamente un bien de marca "OK"?

Respuesta

*El proceso de selección será nulo por no permitir la libre competencia al direccionar el pedido. Cualquier postor podrá observarlo en la etapa de observaciones a las Bases y/o argumentarlo en una posible y futura impugnación a su descalificación por ofertar una marca distinta a "OK", **salvo las excepciones previstas en la norma.***

Del caso planteado, un proveedor, un auditor o el público en general podría colegir que solo se incumple la normativa de contratación pública cuando se hace referencia expresa a una marca, nombre comercial, entre otros datos que direccionen la contratación en las características técnicas que se encuentran incluidas en el requerimiento. Pero la prohibición no es restrictiva a los requerimientos de la Entidad; sino integral, pues comprende también hacer referencia expresa como tácita en el requerimiento de marcas, fabricantes, etc. A continuación planteamos otro caso para mejor comprensión de lo expresado:

CASO EJEMPLO N° 2

¿Qué pasa si como parte del requerimiento se adjunta el dibujo del catálogo de la marca “OK” con el producto requerido, o si en el requerimiento se copia textualmente el detalle de las características del producto de dicha marca?

Respuesta

*El proveedor que es postor en el proceso de selección podrá observarlo en la etapa de observaciones a las Bases por contravenir el Principio de Libre Competencia y la prohibición expresa de la norma de contratación pública. También cabe el supuesto que el postor pueda usar esto como argumento de defensa en una posible impugnación a su descalificación, **salvo las excepciones previstas en la norma.***

Las excepciones a que se hace mención en los dos ejemplos anteriores se refieren a la posibilidad que le da la norma a la Entidad, bajo determinados supuestos, de aprobar una **estandarización** del bien o servicio contenido en el requerimiento. Se permite hacer mención a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, descripción que oriente la adquisición o contratación de marca, fabricante o tipo de producto específico, para lo cual deberá sujetarse a lo dispuesto en la [Directiva N° 010-2009-OSCE/CD](#), que contiene los “Lineamientos para la Contratación en la que se hace referencia a determinada marca o tipo particular”.

La estandarización es un proceso que una Entidad realiza cuando le resulta inevitable contratar un bien o servicio de una determinada marca o tipo particular, dado que solo el bien o servicio garantiza la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente en la Entidad.

Para que proceda la aprobación de la estandarización, la referida Directiva señala que el área usuaria de la Entidad debe emitir un informe técnico obligatorio, en cual se verifique el sustento de tres (03) presupuestos:

- ✓ La Entidad debe poseer equipamiento o infraestructura: maquinaria, equipos, vehículos u otros bienes, así como servicios especializados.
- ✓ Los bienes o servicios que se requiere contratar son accesorios o complementarios al equipamiento o infraestructura preexistente.
- ✓ Los bienes o servicios que se requiere contratar son imprescindibles para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente.

En ese contexto cabe preguntar si es necesario otro requisito para que proceda la estandarización o es suficiente con el informe técnico. Al respecto, la referida Directiva establece una formalidad para que proceda la estandarización:

- ✓ Que su aprobación se realice mediante resolución del titular de la Entidad o del funcionario al que se le delegue dicha facultad, o por el instrumento o el documento que haga sus veces.
- ✓ Que la resolución o el documento que haga sus veces indique el período de vigencia de la estandarización, sustentado en el informe técnico.
- ✓ Que dicha resolución o documento se publique en la página web de la Entidad al día siguiente de su aprobación.

Por tanto, si de la lectura del informe obligatorio se verifica que no se sustentan estos tres presupuestos de manera concurrente, no estaremos ante un caso de estandarización. Si alguien desea denunciar que una Entidad que requiere un determinado tipo de producto, marca, etc., y que por lo tanto direcciona el requerimiento limitando la libre competencia, previamente debe verificar que la Entidad no haya realizado un proceso de estandarización.



Si se verifica que la Entidad realizó una estandarización sustentada y aprobada, la denuncia de direccionamiento de marca o tipo de producto, no prosperará.

La estandarización no implica que exista un único proveedor en el mercado. Por ello, la Entidad está obligada a realizar el proceso de selección respectivo en el cual los proveedores que participen deben demostrar que cumplen con las especificaciones técnicas estandarizadas.

Por otro lado, hay que tener presente que el requerimiento, además de contener las características técnicas mínimas, debe indicar la finalidad pública de la contratación. De lo contrario, no se le considerará como válido.

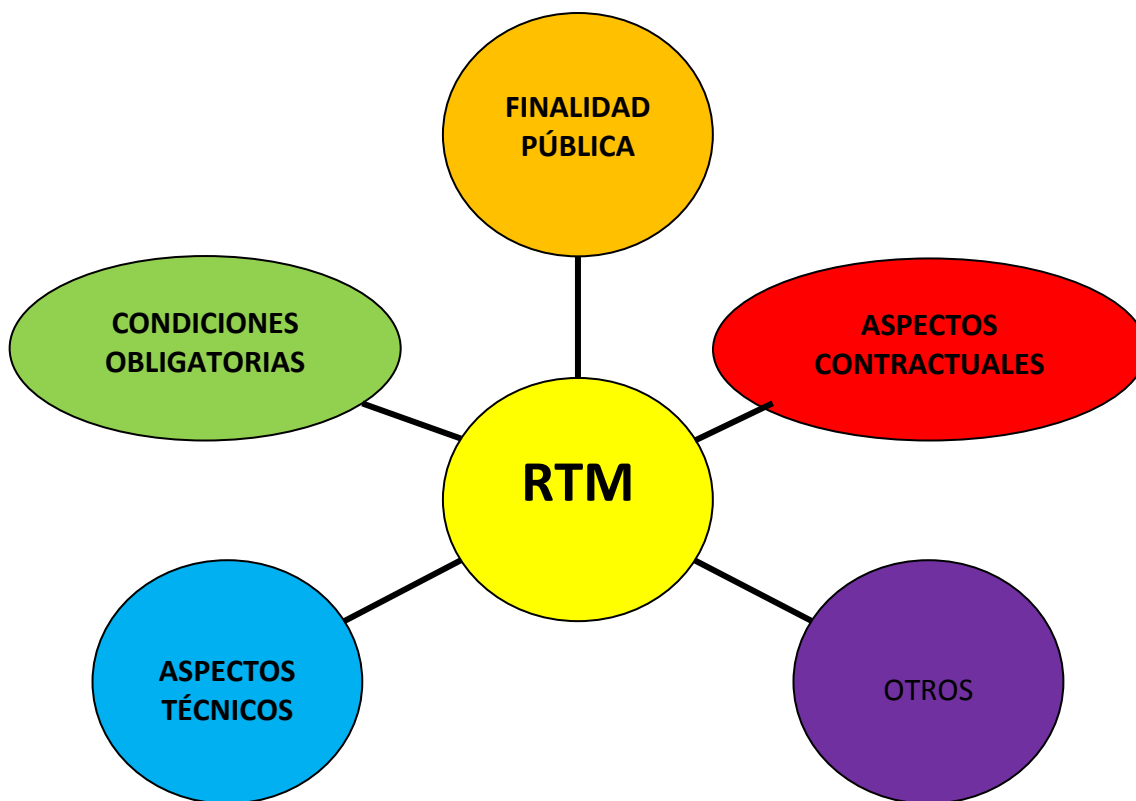
Si bien la óptica que hemos visto de las características mínimas que contiene el requerimiento hasta el momento se relaciona con la prohibición de direccionar la contratación al no poderse señalar marca, tipo de producto, entre otros datos; desde otro punto de vista podemos indicar que las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos establecidos en reglamentos sectoriales dentro del ámbito de su aplicación, y tener el refrendo del Ministro de Economía y Finanzas.

Bajo ese contexto, para la definición de las características técnicas mínimas también se puede considerar las normas técnicas nacionales, las normas metrológicas¹⁰ y/o sanitarias

¹⁰ Las [Normas Metrológicas Peruanas – NMP](#), son documentos aprobados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI, a través de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales, son de cumplimiento obligatorio y establecen las características técnicas, metrológicas y los métodos de ensayo de los medios de medición utilizados en las transacciones comerciales, salud pública y otras que por su importancia determine el INDECOPI. Asimismo son normas metrológicas peruanas aquellas que se refieren a la información metrológica que deben tener los envases y las tolerancias del contenido neto de los productos envasados.

nacionales, si las hubiere. Su cumplimiento no es obligatorio, sino facultativo; por lo que no se sanciona su incumplimiento.

En resumen, el proveedor o público en general deberá observar que el requerimiento técnico mínimo – RTM contenga lo siguiente: la finalidad pública de la contratación, las condiciones obligatorias (requisitos, autorizaciones, requisitos del personal), aspectos técnicos, aspectos contractuales futuros (entregables, penalidades, forma de pago, conformidad) y toda condición o elemento que pueda influir en la contratación pública, como podemos visualizar en el siguiente diagrama:



El INDECOPI, pone a disposición de todos los interesados, el texto completo de las NMP, señalando la resolución que las hizo obligatorias.

Información del portal de INDECOPI <http://normalizacion.indecopi.gob.pe/PortalNormalizacion>

III. El estudio de posibilidades que ofrece el mercado

Es sobre la base de las características definidas en el requerimiento elaborado por el área usuaria que el órgano encargado de las contrataciones, en adelante OEC, tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado. Dicho estudio debe responder totalmente al requerimiento formulado por el área usuaria.

CASO EJEMPLO N° 3

Luego de tener acceso al Expediente de Contratación, un proveedor verifica que en él obran tres requerimientos distintos y con fechas consecutivas, y que el segundo obra en las Bases. ¿Qué acción tomaría?

Respuesta *Antes de plantear alguna acción, verificaría si el segundo requerimiento del área usuaria cuenta con su correspondiente estudio de posibilidades que ofrece el mercado, y que de tal información se haya determinado el valor referencial que obra en las Bases. En ese caso, si existe un tercer requerimiento del mismo bien, que modifica los dos primeros, sin su correspondiente estudio, procedería a solicitar la nulidad del proceso de selección.*

La participación de los proveedores que venden al Estado en esta fase de la contratación se limita únicamente a la actuación ante descrita denominada “Estudio de Posibilidades que ofrece el Mercado”, por cuanto su finalidad es que la Entidad determine las condiciones de mercado y tome conocimiento del monto calculado requerido para convocar el proceso de selección que le permita satisfacer la necesidad del área usuaria requerida, en las condiciones y forma en que esta última la ha solicitado¹¹.



La falta de congruencia entre las características del Requerimiento y las de las Bases puede ser observada con nulidad.

Para mejor comprensión se dividirá este tema en dos partes:

- ✓ El primero, respecto de los alcances generales del estudio de posibilidades que ofrece el mercado
- ✓ El segundo, referido solo a las cotizaciones de los proveedores.

¹¹ Sin que existan modificaciones, por muy mínimas que éstas sean.

A. Los alcances del estudio

En el marco de la normativa de contratación pública actualmente vigente, el estudio de posibilidades que ofrece el mercado¹² no sólo se restringe a determinar cuál será el valor referencial del proceso de selección que convoque una Entidad pública; sino que además, busca verificar, entre otros aspectos, los siguientes:

- ✓ La existencia de pluralidad de marcas y postores¹³.
- ✓ La posibilidad de distribuir la Buena Pro¹⁴.
- ✓ Obtener información que pueda servir para establecer factores de evaluación¹⁵.
- ✓ Analizar y evaluar la pertinencia de efectuar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar¹⁶.

Es en este momento de la fase de actos preparatorios (entre la solicitud de cotización y su presentación), que los proveedores se encuentran debidamente facultados para denunciar la existencia de un direccionamiento de determinado proceso de contratación a favor de un fabricante, proveedor, marca o tipo de producto específico.

Para tales efectos, ellos deberán demostrar y sustentar documentalmente que no se ha evaluado las alternativas técnicas existentes en el mercado, para demostrar pluralidad de marcas, ni las otras posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento; salvo que la Entidad demuestre y sustente que nos encontramos frente a un caso de estandarización en tanto se solicite una marca o tipo de producto.

No obstante, ello no libera la responsabilidad de la Entidad, si se demuestra la existencia de pluralidad de postores, cuando como resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado solo indica que existe un único proveedor (como causal de exoneración¹⁷).

¹² Cabe precisar que la determinación del valor referencial producto del estudio de posibilidades que ofrece el mercado se va a realizar cuando nos encontremos frente a la contratación de bienes y/o servicios, incluidos los de consultoría y de consultoría de obra. En el caso de ejecución de obras, hay que recordar que el valor referencial se encuentra determinado en el expediente técnico.

¹³ La existencia de pluralidad de postores y de marcas es muy importante a efectos de demostrar que no se limita la libre competencia ni la libre concurrencia.

¹⁴ La distribución de la Buena Pro de manera no proporcional se realiza cuando hay pluralidad de postores, pero ninguno puede cumplir con el 100% del requerimiento, sino solo con un porcentaje menor. Para tal efecto, esta información debe indicarse en las Bases; pero es producto del estudio de posibilidades que ofrece el mercado que se determina.

¹⁵ Corresponde al Comité Especial determinar los factores de evaluación, para lo cual se valdrá de la información que resulte del estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

¹⁶ El término “ajuste” a las características o condiciones se analizará de manera posterior, precisándose en esta oportunidad que el “ajuste” siempre se dará como resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, pero no necesariamente la culminación de dicho estudio obligará a un “ajuste”.

¹⁷ La exoneración es un procedimiento por el cual la Entidad por determinadas causales, como proveedor único, no está obligada a seguir el proceso de selección, pero no se libera de la responsabilidad de cumplir con realizar las actividades de la fase de actos preparatorios y de ejecución contractual.

Para tales efectos, en principio se habla de un número mínimo de dos (02) fuentes de información distintas que las Entidades públicas deben obtener, cuando la información esté disponible, a efectos de poder determinar el valor referencial de un proceso de selección.

Sobre el particular, el [Comunicado N° 002-2009-OSCE/PRE](#) indica que excepcionalmente y siempre que no exista la posibilidad de consultar más de una fuente, la Entidad podrá consultar una sola fuente para determinar el valor referencial. Ello deberá sustentarlo en un documento denominado resumen ejecutivo, al cual nos referiremos posteriormente.

En caso de incumplimiento de contar con un mínimo dos (02) fuentes para determinar el valor referencial, y de no existir sustento alguno para valerse de una sola fuente, se podría generar una causal de nulidad que deberá ser evaluada y merituada en cada caso en particular; máxime si no se determina la existencia de pluralidad de marcas y postores.

Sobre el particular, el artículo 12 del Reglamento distingue varias fuentes, entre las cuales, se encuentran las siguientes:

1. Precios históricos

Un punto de referencia para que una Entidad pública tenga conocimiento sobre cuál sería el valor referencial de determinada contratación, lo constituye el “precio histórico” que viene a ser aquel pago que la Entidad efectúa o ha efectuado por la contratación de un bien, servicio u obra, de igual o similar características al que actualmente requiere.

Es costumbre que las Entidades consideren como antigüedad del mismo el plazo de un año; excepto que por la naturaleza de su ejecución abarquen más de un ejercicio presupuestal, como es el caso del arrendamiento, de los suministros, entre otros. Sin embargo, dicho monto podrá ser actualizado, dependiendo de cada caso.

2. Precios SEACE

Otro punto de información lo constituyen los portales, y en nuestro caso, la página web del SEACE www.seace.gob.pe, pues permite que una Entidad pueda realizar una búsqueda en dicho sistema y tome conocimiento de qué Entidad ha llevado a cabo un proceso de selección para la contratación de bienes y servicios, de iguales o similares características a las requeridas en determinado caso, debiendo descartarse aquellas de inferiores características.

Las consultas realizadas en el SEACE se harán respecto de valores adjudicados con Buena Pro consentida, monto contratado o en ejecución contractual, por otras Entidades distintas al requirente. No es obligatorio, pero se recomienda contar con precios de fechas cercanas a la convocatoria a fin que el valor no se distorsione.

3. Estructura de costos

Es aquella empleada por una Entidad a fin de determinar el valor referencial del proceso de selección. La Entidad la establece en virtud de los costos de cada componente o partida del bien, servicio u obra¹⁸ a contratar. Debe incluir los conceptos por utilidades, tributos y todo costo que incida en el precio. A fin de poder utilizar esta fuente, es necesario que la Entidad tenga un conocimiento cierto y exacto de cada uno de los costos que se encuentran involucrados en determinada contratación.

4. Cotizaciones

Esta fuente se refiere a aquellas consultas y/o solicitudes de información que las Entidades públicas formulan a los diferentes proveedores del Estado. Las cotizaciones tienen como finalidad que los proveedores puedan indicar cuál es el monto al cual ascendería la contratación que la Entidad desea llevar a cabo.

CASO EJEMPLO N° 4

¿Es válida la solicitud de cotización para la contratación de adquisición de un bien "X" realizada por el área usuaria a la empresa "ABC", considerando que dicha empresa no cuenta con inscripción en el RNP?

Respuesta

La solicitud de cotización corresponde realizarla al OEC de la Entidad, como responsable de efectuar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, por lo que el estudio realizado por el área usuaria no surte efectos por sí misma.

Es decir, hay una formalidad que la Entidad debe seguir y que el proveedor debe verificar: que el referido estudio sea realizado por el área y el funcionario correspondiente, que en este caso es el órgano encargado de las contrataciones – OEC. Lo contrario significaría que el procedimiento para determinar el valor referencial fue realizado por órgano incompetente, lo que puede generar la nulidad de un proceso de selección posterior.

Sin perjuicio de ello, se precisa que la norma de contrataciones no obliga a solicitar cotizaciones a proveedores con inscripción vigente en el RNP.

¹⁸ Son ejemplos de servicios en los que se puede utilizar esta fuente estructura de costos: servicios de limpieza, transportes, seguridad, entre otros.

En el caso de obras, la estructura de costos tiene dos componentes: costos directos (metrados por precios unitarios) y costo indirectos (gastos generales y utilidad).

B. Las cotizaciones

Sobre el particular, se debe diferenciar el procedimiento seguido por la Entidad para solicitar éstas, de aquel seguido por los proveedores para presentarla.

1. Con relación al **procedimiento seguido por la Entidad** se debe tener en cuenta lo siguiente:

- ✓ Las solicitudes de cotización que efectúe el OEC deben estar dirigidas a diferentes personas naturales o jurídicas, en el ámbito local, regional, nacional o internacional (sucursales u otros), que se dediquen a actividades materia del objeto de la convocatoria¹⁹.

Lo contrario significaría no validar la cotización realizada ni el precio que se obtenga en la determinación del valor referencial.

- ✓ No existe un número mínimo ni máximo de proveedores con los que una Entidad pueda formular consulta para cotizar precios. La cantidad de solicitudes a requerir es discrecionalidad de la Entidad, pues dicha cantidad le servirá para determinar las reales condiciones del mercado y el valor real del mismo.

Es decir, se puede solicitar solo una cotización, y aún contar con otras fuentes, lo que no invalidará el estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

- ✓ La Entidad tiene la obligación de entregar a los proveedores la información de las características técnicas mínimas del bien o servicio a contratar. Es sobre la base del contenido de dicho documento que el proveedor va a tener conocimiento de cómo debe llevar a cabo su prestación y cómo calcular el monto que se le deberá reconocer por sus bienes y/o servicios a cotizar.

Es decir, las solicitudes de cotización que efectúe la Entidad a los proveedores debe incluir en el mismo documento o adjunto, el requerimiento que incluya las características técnicas mínimas, tal cual se lo remitió el área usuaria y sin realizarle modificación alguna. En caso contrario, la cotización no se validará.

¹⁹ Artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

CASO EJEMPLO N° 5

¿Qué sucede si el OEC remite una solicitud de cotización a la empresa "ABC" señalando o adjuntando características distintas a aquellas que obran en el requerimiento del área usuaria?

Respuesta

Si la solicitud de cotización no responde al requerimiento ni a las necesidades de la Entidad (dicha solicitud está mal realizada) no se debe considerar para la determinación del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, dado que su respuesta no se condice con las necesidades que la Entidad desea satisfacer, ni con el precio real.

- ✓ Para solicitar cotizaciones no es obligatorio utilizar un formato obligatorio cuyo mandato provenga de la Ley y/o su Reglamento.

No obstante ello, algunas Entidades hacen sus propios formatos para solicitar cotizaciones. Estos solo serán obligatorios para el OEC, en tanto se encuentren aprobados por sus normas internas, tales como directivas, instructivos o resoluciones, entre otros.

- ✓ La solicitud de consulta de precios puede ser realizada de dos maneras:
 - 1º Solicitando solo el precio para un bien o servicio "X" requerido por la Entidad, cuyas características señala o adjunta. En este caso bastará la simple presentación de la cotización en la cual se declara el precio.
 - 2º Solicitando, además del precio, el detalle de las características del bien o servicio a ofrecer. En este caso el proveedor se verá obligado a detallar las características para que se prosiga con el procedimiento de validación de su cotización.

Los criterios anteriormente referidos son los más importantes a considerar respecto del procedimiento que sigue la Entidad para solicitar cotizaciones. Son recomendables seguirlos para que los proveedores o el público en general no cuestionen situaciones que son legales y acorde a los principios de la normativa de contratación pública.

Este es el momento en el cual aquél proveedor que es invitado por una Entidad a fin de presentar su cotización, va a tomar conocimiento de cómo ha sido formulado y elaborado determinado requerimiento. El puede solicitar y/o recomendar que se efectúe, en forma sustentada, ajustes a dicho requerimiento; en los casos en los cuales donde se evidencie un direccionamiento indebido del proceso de contratación que afecte el principio de libre competencia y competencia, en la medida que se verifique regulaciones o tratamientos que impiden, restringen o afectan una imparcial competencia, pluralidad y participación de postores.

A manera de resumen, el público en general y los proveedores deben considerar cómo la Entidad les ha solicitado la cotización, para evaluar la posibilidad de realizar un cuestionamiento a la determinación del valor referencial, pues de ello depende los precios obtenidos en calidad de cotizaciones o presupuestos.



La Entidad no puede obligar al proveedor a presentar una determinada forma de cotización, cuando su solicitud es simple y general.

2. Con relación al segundo procedimiento, referido a la cotización presentada por el proveedor, se debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Las cotizaciones (dos o más), sin importar el número de estas, constituyen una sola fuente para efectos de la determinación del valor referencial.

Es decir, en caso que solo se presente una cotización, se estará ante una sola fuente; y si se presentan 2 ó 10 ó más cotizaciones, se estará también ante una sola fuente.

CASO EJEMPLO N° 6

¿Es legal que el OEC de una Entidad solicite una cotización a la empresa "ABC" por correo electrónico, y viceversa, que la empresa remita su cotización por el mismo medio electrónico?

Respuesta

La normativa de contratación pública nacional no establece ninguna prohibición. Es un medio de comunicación válido y reconocido por ley. Lo importante del uso de este medio es el ahorro de tiempo y recursos, siempre que se conozca con fecha cierta la recepción de la información y el origen del mismo. Tanto la solicitud como la cotización no son inválidas.

- b) Las cotizaciones que los proveedores formulen en esta etapa no constituye su oferta económica. Sin embargo, ello no significa que las cotizaciones no deban responder a los precios de mercado.

Es decir, no es obligatorio que el monto que consignen al momento de presentar su cotización coincida o sea exacto al monto que consignen en la oferta económica que presenten si participan en el proceso de selección.

- c) Si un proveedor toma conocimiento que una Entidad está efectuando el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, puede presentar su cotización, y la Entidad está obligada a recibirla.
- d) La Entidad no está obligada a considerar o validar todas las cotizaciones que reciba para la determinación del valor referencial. Puede tomarla en cuenta o no para la determinación del valor referencial²⁰.
- e) La norma no lo señala expresamente, pero la Entidad se vale de distintos criterios para determinar el valor referencial, los cuales se emplean en función a la razonabilidad y a la finalidad que se desea obtener; entre los cuales, tenemos los siguientes:
 - ✓ Uno de los criterios para la validación de las cotizaciones está referido a la actividad del proveedor.

Cuando la cotización es solicitada a un proveedor o presentada por uno, cuya actividad no es materia del objeto de la convocatoria, no se la considerará para la determinación del valor referencial.

CASO EJEMPLO N° 7

¿Qué sucede con la cotización remitida al OEC por la empresa "ABC", en respuesta a su solicitud para la adquisición de bienes, si la actividad de "ABC" es de cobranza?

Respuesta

En principio, la solicitud de cotización está mal efectuada al no haberla realizado un proveedor que se dedique a las actividades materia de la contratación, lo que la invalida. La cotización de la empresa "ABC" recibida por la Entidad no se puede considerar para la determinación del valor referencial. En caso de ser la única cotización, no se contará con fuente válida.

- ✓ Un segundo criterio para la discriminación de las cotizaciones es la antigüedad de estas.

Se recomienda considerar las cotizaciones con precios de fechas recientes a fin que el valor referencial se determine sobre precios actuales y no se distorsione el valor de mercado.

²⁰ El tomar en cuenta una cotización o descartarla debe responder a razones justificadas y a criterios concurrentes que deben aplicar las Entidades para validar una cotización o no considerar otra.

- ✓ Otro criterio para la discriminación de las cotizaciones es el referido al incumplimiento de las características técnicas mínimas. La cotización se presentará conforme a la información que obra en la solicitud de la Entidad.

El proveedor no puede modificar las características técnicas de un bien, servicio o consultoría, para ofrecer un precio. Debe sujetarse estrictamente a las características que obran en el requerimiento remitido por el OEC para realizar su cotización. Hacer lo contrario, significará que la Entidad no tendrá en cuenta su cotización; es decir, no la validará.

- ✓ Un cuarto criterio empleado, solo cuando sea necesario, es la solicitud de apoyo del OEC al área usuaria o técnica de la Entidad para verificar las características técnicas de las cotizaciones remitidas.

Se trata que en determinados casos, cuando se justifique por la complejidad técnica del producto o del servicio, el área técnica o usuaria, como conocedora de su necesidad, validará la información de las características que obran en la cotización, informando si éstas se ajustan al requerimiento de la Entidad, si son inferiores o si hay mejoras. No se trata que el área usuaria valide el precio, pues el estudio y la determinación del valor referencial están a cargo del OEC.

Es decir, se evalúa que los proveedores que han cotizado, cumplan estrictamente con las especificaciones técnicas requeridas, y a los que no cumplen, no los considerará en el estudio de mercado.



Los criterios para validar, considerar o discriminar las cotizaciones, se emplean de manera concurrente

En resumen, es con la solicitud de cotización que el proveedor va a considerar cómo realizar su cotización; por ello, de cómo se efectúe la solicitud dependerá el precio ofrecido. En ese contexto, con las cotizaciones presentadas, se puede verificar la demanda del producto o servicio requerido:

- ✓ Conocer si en el mercado hay pluralidad de postores y de marcas.
- ✓ Si solo hay pluralidad de postores pero no de marcas (estandarización).
- ✓ Si solo hay un único proveedor a nivel nacional.

Asimismo, la información que brindan las cotizaciones también puede llevar a la Entidad a determinar las condiciones finales existentes en el mercado como plazos de

entrega, pluralidad de postores, marcas, entre otros. Este aspecto se debe coordinar con el área usuaria, quien puede variar su requerimiento, de considerarlo necesario.

De la información que se obtenga de las cotizaciones, y en general del resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, la Entidad podría realizar la variación de las especificaciones técnicas o los términos de referencia, a través de lo que se denomina “ajuste de las características técnicas”, para lo cual el OEC siempre debe coordinar con el área usuaria.

Como resultado de la variación de las características técnicas mínimas originales, se obtendrá un nuevo requerimiento (final) con las nuevas características, y quedará a criterio del OEC de la Entidad realizar un nuevo estudio. En ese sentido, si luego de realizado el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, los proveedores advierten la modificación de las características técnicas, su cuestionamiento no prosperará si dicho cambio fue realizado en virtud de un “ajuste”.

IV. El valor referencial

Para revisar este tema, qué es, cómo se determina, quien lo hace, sobre la base de qué criterios se realiza, si solo se puede determinar una sola vez, entre otros contenidos, lo dividiremos en dos partes: la primera, que versará respecto del valor referencial, y la segunda, que tratará sobre el informe que resulta del estudio.

A. Determinación del valor referencial

Sobre la determinación del valor referencial, se debe tener en cuenta que éste es uno de los fines y resultados del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, que ayudará a cumplir las metas y objetivos de la Entidad cuando se apliquen los principios de eficacia, eficiencia y celeridad, lo que conllevará a conseguir el abastecimiento oportuno de las necesidades de la Entidad, maximizando el valor del dinero²¹.

De lo expuesto hasta el momento, queda clara la diferencia entre el valor estimado y el valor referencial: el primero es aquel valor que se considera en el Plan Anual de Contrataciones - PAC para registrar la información sobre la base de simples indagaciones y de manera distinta al valor referencial, que se determina como resultado de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

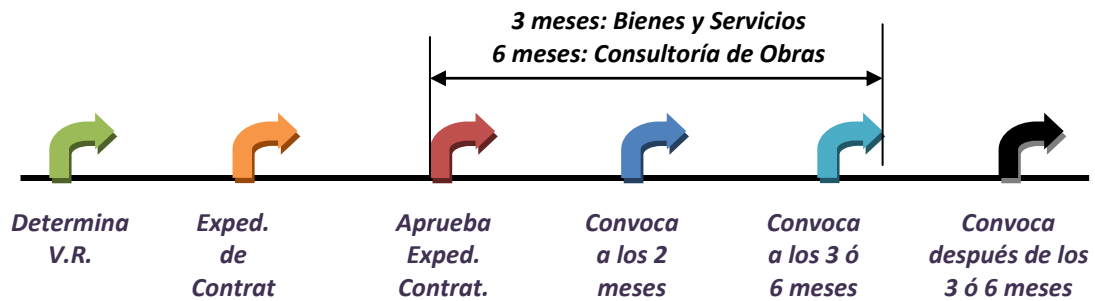
Respecto del cálculo del valor referencial, debemos enfatizar que éste responde a los criterios ya mencionados para discriminar los precios obtenidos, quedando solo con aquellos que se

²¹ El maximizar el valor del dinero es uno de los objetivos de la contratación pública, dado que se busca obtener la calidad deseada en el tiempo oportuno con el mejor empleo de los recursos públicos disponibles.

utilizarán para su determinación. Se debe utilizar como mínimo dos (02) fuentes, salvo que sea imposible conseguirlas, y en ese caso bastará una sola fuente, lo que debe sustentarse.

Como ya hemos señalado, uno de los criterios para la discriminación de precios es su antigüedad. Por ello, dado que el valor referencial debe reflejar el valor del mercado, este no puede ser muy antiguo. El Reglamento establece los parámetros de antigüedad, dependiendo del objeto de contratación (bien, servicio u obra).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento, el valor referencial para el caso de bienes y servicios no podrá tener una antigüedad mayor a tres (03) meses contados a partir de la aprobación del expediente de contratación. Para la consultoría de obras, se aplica seis (06) meses, contados a partir de la aprobación del expediente de contratación. Dicha antigüedad influye en la convocatoria del proceso de selección.



Donde:



: Fecha de determinación del valor referencial.



: Fecha en que se cuenta con todos los documentos del Expediente de Contratación.



: Fecha de aprobación del Expediente de Contratación.



: Fecha de la convocatoria del proceso, antes del vencimiento de los 3 ó 6 meses contados desde la aprobación del expediente de contratación, según el objeto.



: Fecha de la convocatoria del proceso, justo cuando se cumplen los 3 ó 6 meses contados desde la aprobación del expediente de contratación, según el objeto.



: Fecha de la convocatoria del proceso, después de los 3 ó 6 meses contados desde la aprobación del expediente de contratación, según el objeto.

Como puede observar el proveedor y el público en general, los momentos en que el OEC de la Entidad determina el valor referencial, es distinto al momento de la elaboración y a aquél correspondiente a la aprobación. El momento de la elaboración y el momento de la aprobación del Expediente de Contratación pueden ser distintos, o pueden realizarse el mismo día.

Por ello, el proveedor no puede observar que la aprobación del Expediente de Contratación no se haya realizado el mismo día de la determinación del valor referencial, toda vez que entre ambos momentos existe un plazo razonable de tramitación a cargo de la Entidad.

Para mejor comprensión del gráfico precedente, veamos el siguiente caso práctico sobre la determinación del valor referencial para la contratación de bienes:

CASO EJEMPLO N° 8

¿Si, exactamente hace dos meses se aprobó el Expediente de Contratación para la contratación de equipos de cómputo, y aún no se aprobaron las Bases administrativas, la Entidad puede convocar el proceso?

Respuesta

La Entidad no debe convocar el proceso de selección sino hasta después de elaboradas las Bases por el Comité Especial y aprobadas, bajo sanción de nulidad del proceso. La convocatoria se debe realizar antes del vencimiento de los tres (3) meses de la aprobación del Expediente de Contratación; en caso contrario, el proveedor puede solicitar la nulidad del proceso de selección. Debe actualizarse el valor referencial para volver a convocar.

El mismo criterio se aplica para la contratación de servicios y de servicios de consultoría distintos a los de obra. Asimismo, para entender mejor el gráfico y cómo opera el criterio “vigencia” (antigüedad) en la primera fase de la contratación pública, veamos un caso práctico de determinación del valor referencial de un servicio en general:

CASO EJEMPLO N° 9

¿Si el expediente de contratación del servicio de limpieza se aprobó exactamente hace 3 meses y hoy se aprobaron las Bases, es legal que la Entidad convoque hoy el proceso de selección correspondiente?

Respuesta

Si, pues no hay inconveniente ni impedimento legal que prohíba que la aprobación de las Bases y la convocatoria se realice el mismo día; siempre que la convocatoria se efectúe como máximo a los tres (3) meses contados desde la fecha de aprobación del Expediente de Contratación (que contiene el valor referencial porque es el tiempo en el que se estima si que siendo el de mercado).

Ambos ejemplos también se aplican para cuando se quiera contratar un servicio de consultoría de obra, solo que el plazo de antigüedad cambia de tres (3) a seis (6) meses. Veamos un ejemplo de su aplicación:

CASO EJEMPLO N° 10

¿Qué sucede si la Entidad convoca una consultoría de obra para la elaboración de un expediente técnico, luego de los 6 meses de aprobado el expediente de contratación y determinado el V.R?

Respuesta.- *La idea de la convocar dentro de los 6 meses de aprobado el expediente de contratación que contiene el Valor Referencial es mantener actualizado el valor de mercado. Por tanto, cuando se convoca a los 6 meses y 1 día o en un plazo mayor, el proveedor puede argumentar que la convocatoria del proceso de selección contraviene las normas legales y éste puede devenir en nulo.*

Hasta el momento hemos visto que el tratamiento de la antigüedad del valor referencial para la contratación de bienes y servicios, incluidas las consultorías, es similar salvando el plazo de tres (3) a seis (6) meses dependiendo del objeto. Sin embargo, la ejecución de obras tiene un tratamiento distinto, pues si bien la antigüedad del valor referencial es de seis (06) meses, éste no se contabiliza desde la aprobación del Expediente de Contratación, sino que se cuenta a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra consignado en el expediente técnico.

Una precisión respecto del valor referencial, es que éste puede ser determinado en una moneda distinta a la nacional (Nuevo Sol). Existen casos en los cuales, por ejemplo, de manera justificada, se determina este valor en dólares. De encontrarse la Entidad en este supuesto, es pertinente que señale el tipo de cambio en el Expediente de Contratación.

CASO EJEMPLO N° 11

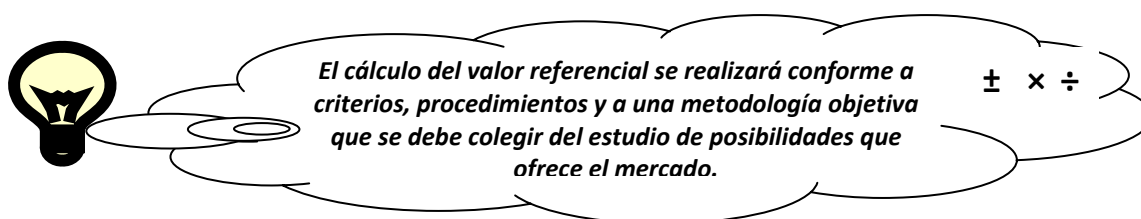
¿Qué puede hacer un proveedor si se da cuenta que el V.R. para la ejecución de una obra señalado en las Bases (de la que es parte el expediente Técnico) es distinto al del presupuesto de obra del Expediente Técnico?

Respuesta

Si un proveedor (inclusive cuando es participante, o postor) o público en general advierte la incongruencia entre el valor consignado en el presupuesto de obra consignado en el expediente técnico con el valor referencial consignado en las Bases, podrá observarlo si es participante, podrá argumentarlo en una impugnación si es postor, y podrá pedir la nulidad del proceso o denunciarlo en los dos casos anteriores y si es público en general, porque no hay coincidencia.

En esa línea de análisis, para el cálculo (determinación) del valor referencial se debe tener en cuenta que el procedimiento empleado por la Entidad para determinar dicho valor referencial debe ser objetivo a fin que su resultado refleje el valor del mercado.

En ese sentido, el proveedor y público en general podrá verificar, cuando tenga acceso al Expediente de Contratación, que la Entidad puede valerse de procedimientos que contemplen por lo menos dos (02) fuentes para dicho fin²², conforme a la metodología que la Entidad haya escogido para hallar el valor referencial: sobre la base del promedio, el menor valor, etc., lo que siempre deberá estar debidamente sustentado.



Después de determinar el valor referencial se puede determinar el tipo de proceso de selección que se convocará, dado que se obtiene en función de éste y del objeto de la contratación. En los procesos de selección según relación de ítems, etapas, tramos, paquetes o lotes se podrá convocar la contratación de bienes, servicios y obras en un solo proceso, estableciéndose un valor referencial para cada ítem, etapa, tramo, paquete o lote²³.

Se entiende que el valor referencial determinado como resultado del estudio de posibilidades que ofrece el mercado será el mismo que se consignará en las Bases del proceso de selección, y en caso de diferencia, el proceso adolecería de un vicio de nulidad.

Conforme al artículo 13 del Reglamento, el valor referencial puede ser observado por el Comité Especial, quien puede solicitar su revisión o actualización al OEC de la Entidad.

Al respecto, el Comité Especial puede considerar que el valor referencial determinado es menor que el valor del mercado (subvaluación) o mayor que el valor del mercado (sobrevaloración) y, como quien lo determinó fue el OEC como resultado de un estudio, le trasladará su observación a fin que revise y opine sobre el mismo y, de ser el caso, se varíe el valor referencial. Si bien la norma de contratación pública peruana no lo establece de manera expresa, el pedido del Comité Especial debería tener el sustento documental correspondiente, porque de lo contrario se estaría permitiendo la realización de actuaciones administrativas inmotivadas e infundadas que no se ciñen a los principios de economía y celeridad.

²² De conformidad al artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

²³ De conformidad con el artículo 13 de la ley de Contrataciones del Estado.

En atención a ello, el proveedor debe verificar si hay una observación del Comité Especial sobre la determinación del valor referencial, porque ello incide en la validez del mismo, en caso se haya modificado el mismo, lo que implica la conformidad del OEC en la aprobación de un nuevo valor referencial.

Luego de convocado el proceso de selección, el proveedor debe tener especial cuidado si observa que el valor referencial no es el mismo al que se encuentra en las Bases publicadas en el SEACE junto con la convocatoria, porque ello genera su nulidad. Asimismo, cuando como consecuencia de la observación del Comité Especial se advierta que la modificación del valor referencial implica la modificación del tipo de proceso, el proceso de selección será nulo de pleno derecho.

Con relación a la facultad del Comité Especial de solicitar la actualización del valor referencial, su pedido se realizaría en caso supere el tiempo de antigüedad establecido por la Ley y su Reglamento, conforme se ha indicado anteriormente.

Por otro lado, el valor referencial también puede ser observado por los participantes²⁴ de un proceso de selección. Con la publicación de las Bases en el SEACE se genera dicha oportunidad para el proveedor y para el público en general.

En este punto, se debe precisar que en caso una Entidad incorpore nuevas prestaciones y/u obligaciones para la satisfacción de la necesidad, luego de que se ha determinado el valor referencial, ésta deberá analizar si producto de dicha modificación se deberá actualizar el valor referencial. Ello con la finalidad de evitar que durante la convocatoria del proceso de selección, los participantes, ya sea en la etapa de formulación de consultas y/u observaciones, según sea el caso, formulen algún cuestionamiento a las Bases Administrativas en ese sentido.

Finalmente, el valor referencial también puede ser observado por el OSCE en virtud de su facultad de supervisión y por la Contraloría General de la República como consecuencia de una acción de control.

B. Resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado

En el Reglamento de la Ley solo hay dos artículos que hacen referencia al resumen ejecutivo (artículos 51 y 92), y únicamente establecen que en el momento de la convocatorias de las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas, sean procesos tradicionales o bajo la modalidad de subasta inversa, también es obligatorio publicar en el SEACE, las Bases y el resumen ejecutivo.

²⁴ Conforme a lo señalado en el artículo 12 del Reglamento.

El resumen ejecutivo es el documento que contiene de manera resumida cómo se determinó el valor referencial²⁵.

CASO EJEMPLO N° 12

¿Cuál es la importancia de que el proveedor o el público en general conozca el contenido de un resumen ejecutivo?

Respuesta

La importancia para un proveedor o el público en general de conocer el contenido del resumen ejecutivo en el momento de la convocatoria del proceso de selección, radica en que su finalidad: dar a conocer el análisis realizado para determinar el valor referencial de un proceso de selección para la adquisición de bienes, servicios y/o ejecución de obras.

En ese sentido, el contenido del resumen ejecutivo contiene los criterios y procedimientos empleados para determinar el valor referencial a partir de las fuentes válidas (fuentes que OEC tiene en cuenta para determinarlo), luego que dicho órgano realizó la discriminación de precios. De acuerdo al [Comunicado N° 002 -2009-OSCE/PRE](#) su contenido es el siguiente:

1. Las fuentes empleadas a fin de determinar el valor referencial

Anteriormente nos hemos referido a cuatro de ellas, y hemos precisado que se debe utilizar mínimo dos fuentes distintas, o excepcionalmente bastará una si no se ha podido encontrar otra, lo cual debe estar debidamente fundamentado en el Expediente de Contratación. Ello equivale a decir que la búsqueda de distintas fuentes debería estar documentada.

2. Los criterios, el procedimiento y/o metodología utilizados a partir de las fuentes previamente identificadas para determinar el valor referencial

Sobre el particular, ya se han mencionado los criterios para validar los precios de la fuente cotizaciones, los cuales según corresponda, se podrán aplicar para validar las otras fuentes (Precios SEACE, valor histórico, estructura de costos), y así contar con mínimo dos (2) para determinar el valor referencial, aplicando el método y procedimiento que la Entidad considere el mejor sobre los precios validados (el promedio, el menor, etc.) con la finalidad de que el valor referencial a determinarse sea el del mercado. En este caso se solicita al OEC que indique cómo determinó el valor referencial.

3. El valor referencial y su antigüedad

²⁵ Al respecto se debe leer de manera integral y no aislada de los artículos 12º, 13º y 14º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese punto se señalará cuál fue el valor referencial determinado y la fecha de su determinación, a efectos que sirva para el criterio antigüedad.

4. Información adicional que resulte relevante en el estudio realizado por la Entidad

Finalmente, solo de ser el caso, se señalará otros aspectos que pueden ser recomendaciones tales como:

- ✓ Si como resultado del valor referencial determinado el tipo de proceso señalado en el Plan Anual de Contrataciones debe cambiar.
- ✓ Si es necesaria una modificación del mencionado plan conforme a la Ley y su Reglamento.
- ✓ Si el valor referencial puede estar sujeto a reajuste.

De no contener toda la información señalada, el proveedor se encontrará ante la ausencia de un resumen o ante la insuficiencia de él, lo que conllevará al incumplimiento del mandato de la normativa de contratación estatal y de lo dispuesto por el OSCE (en virtud del mencionado comunicado y, en ocasiones, en virtud de las observaciones que realice el área de supervisión del OSCE).

De lo expuesto hasta el momento, puede verse que en esta fase inicial del proceso de contratación, los proveedores se encuentran expeditos para formular aquellas denuncias que pongan en evidencia una contravención a la normativa de contratación pública, una afectación a sus principios o la ocurrencia de ilícitos penados por ley.

Asimismo, se colige que el momento de su elaboración es posterior a la realización del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, pero antes de solicitar la disponibilidad presupuestal.

Con relación a ello, también se debe tomar en cuenta quien elabora dicho resumen. La norma acotada no dice nada al respecto, pero dado que su realización responde al contenido del estudio de posibilidades que ofrece el mercado que realiza el OEC, es lógico que la elaboración del resumen ejecutivo corresponde al OEC pues fue quien conoció la determinación del valor referencial.

Al respecto, la [Opinión N° 042-2008-DOP](#) precisa que específicamente le corresponde dicha elaboración al área, dependencia o funcionario responsable de efectuar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, que deberá adjuntar dicho resumen ejecutivo en el Expediente de Contratación que será entregado al Comité Especial.

Sobre el particular, surge la siguiente pregunta ¿Cuál es la incidencia de la elaboración de un resumen ejecutivo en el proceso de selección? La propia norma de contratación pública responde a la interrogante señalando que la elaboración de dicho resumen será obligatorio en los procesos de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones

Directas (sean públicas o selectivas), los cuales pueden ser procesos tradicionales o bajo la modalidad de subasta inversa.

Hay dos casos particulares con los procesos de selección de Adjudicación de Menor Cuantía:

- ✓ En el primer caso, no será obligatorio que el Expediente de Contratación cuente con un resumen ejecutivo cuando del objeto de la contratación y del valor referencial determinado se concluyó que el tipo de proceso inicial es Adjudicación de Menor Cuantía - AMC.
- ✓ En el segundo caso, será obligatorio cuando el tipo de proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía derive de un proceso de selección declarado desierto.

CASO EJEMPLO N° 13

Un proveedor verifica que la primera convocatoria del proceso de selección es una Adjudicación de Menor Cuantía. ¿Si la segunda convocatoria también se realiza por AMC, es obligatorio que el OEC elabore un resumen ejecutivo?

Respuesta

Hay que distinguir los dos supuestos.

En el presente caso, no estamos ante el segundo supuesto, pues desde el inicio el proceso de selección siempre fue una Adjudicación de Menor Cuantía - AMC. Es decir, el resumen ejecutivo es obligatorio para todos los casos de AMC derivados de un proceso declarado desierto, excepto cuando deriva de otra AMC.

Adicionalmente, si bien su elaboración corresponde al OEC pues es este quien tiene a su cargo la elaboración del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, es obligación del Comité Especial publicar el resumen ejecutivo al momento de la convocatoria del proceso de selección, en la ficha del mencionado proceso, bajo sanción de nulidad.

CASO EJEMPLO N° 14

¿Es válido que al momento de convocar se publique junto con la convocatoria la resolución administrativa que aprueba el Expediente de Contratación (que contiene el estudio de posibilidades que ofrece el mercado)?

Respuesta. - *Si bien el resumen ejecutivo cuenta como se ha realizado el estudio de posibilidades que ofrece el mercado a fin de determinar el valor referencial, este no se puede sustituir con la resolución administrativa que aprueba el Expediente de Contratación. En ese sentido, al observarse la falta de publicación del mencionado resumen, el proceso de selección deviene en nulo.*

Otro caso similar se da cuando luego de tener acceso al Expediente de Contratación, un proveedor puede cuestionar que el contenido del resumen no se condice con la información que obra en el estudio de posibilidades del mercado por corresponder a otro proceso de selección, lo que conllevaría a la nulidad del proceso de selección.

Se debe revisar si el Comité Especial solicitó la revisión del resumen ejecutivo²⁶, porque su modificación implica la conformidad del OEC y, en algunos casos, la aprobación de un nuevo valor referencial, y por ende, de un nuevo resumen ejecutivo, que tal vez no sea el mismo que se encuentre publicado en el SEACE junto con la convocatoria. Ello acarrearía la nulidad del proceso de selección convocado, lo que puede ser expuesto por el proveedor en las observaciones, al momento de impugnar, o antes de la suscripción del contrato.

Excepcionalmente, hay casos en los que el OEC ha realizado más de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado sobre el mismo objeto del proceso de selección (sea por el cambio de especificaciones técnicas o de los términos de referencia), y en esos casos, el proveedor se verificará que el contenido del resumen corresponda a la determinación del valor referencial del último estudio de posibilidades del mercado que se efectuó.



La ausencia de publicación del resumen ejecutivo, en los casos en que es obligatorio, conlleva la nulidad del proceso de selección.

²⁶ No obstante dicha facultad del Comité Especial no se encuentre establecida expresamente en la norma de contratación pública, si se encuentra recogida de manera general en el numeral 1 del artículo 31 del Reglamento, cuando dispone que el Comité Especial puede sugerir las modificaciones que considere pertinentes a la información proporcionada en el expediente de contratación, el cual como es sabido incluye el resumen ejecutivo.